

Contestación de

la Demanda Interpuesta por el Firma Forense Tile y Rosas, en representación de Importadora D.M.D. S. A., para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°1368-97-D.G. de 7 de julio de 1997, expedida por la Directora General de la Caja de Seguro Social, actos confirmatorios y para que se hagan otras declaraciones.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Como es nuestra costumbre, concurrimos respetuosamente ante ese Honorable Tribunal de Justicia, a fin de responder a la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción que se enuncia en el margen superior del presente escrito y de la cual se nos ha corrido traslado mediante Auto de quince de enero de mil novecientos noventa y ocho.

Nuestra actuación en este tipo de procesos, tal y como es de su conocimiento, se fundamenta en el contenido de los artículos 102 de la Ley 135 de 1943 y 348 del Código Judicial.

I. La pretensión de la parte demandante consiste en lo siguiente:

La parte actora pide a su Augusto Tribunal que declare nula, por ilegal, la Resolución N°1368-97 D.G. de 7 de julio de 1997, expedida por la Directora General de la Caja de Seguro Social, mediante la cual se deja sin efecto la Resolución N°1651-96 D.G., de 22 de noviembre de 1996 y se rechaza la oferta presentada por la empresa Importadora D.M.D., S.A., en el acto de Licitación Pública N°15-95 (Renglón N°1), celebrado el 20 de diciembre de 1995, para la adquisición de 239 Camas Hospitalarias destinadas al Complejo Hospitalario Metropolitano "Dr. Arnulfo Arias Madrid".

Asimismo solicita sean declarados nulos, por ilegales, los actos confirmatorios: la Resolución N°1616-97 D.G., de 18 de agosto de 1997, proferida por la Directora General; y la Resolución N°15316-97. J.D., 30 de octubre de 1997, expedida por la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social, que resuelven mantener y confirmar en todas sus partes el acto administrativo originario y que además no acceden a la petición alterna formulada por el recurrente de que se le compense por los gastos incurridos.

Como consecuencia de lo anterior, pide el demandante que se declare la vigencia de la Resolución N°1651-96. D.G; se ordene al Consejo Económico Nacional que emita concepto favorable al Contrato N°88-97, a suscribirse entre la Caja de Seguro Social e Importadora D.M.D. S.A.; y se continúe el proceso licitatorio. Alternamente solicita, en caso de estimar la Honorable Sala Tercera que no proceden las anteriores peticiones, se condene a la Caja de Seguro Social a pagar a favor de Importadora D.M.D. S.A., las sumas correspondientes a los gastos incurridos por la demandante en el proceso licitatorio.

Este Despacho considera deben denegarse las peticiones formuladas por la parte demandante, ya que, como demostraremos a lo largo de este proceso, no le asiste razón y carecen sus pretensiones de sustento jurídico.

II. Los hechos y omisiones en que se fundamenta la parte actora, los contestamos de la siguiente manera:

Primero: Sólo aceptamos como cierto que, a través de la Resolución N°1651-96-D.G., de 22 de noviembre de 1996, la Directora General de la Caja de Seguro Social adjudicó a la empresa D.M.D., S.A., la Licitación Pública N°15-95 (renglón N°1), para el suministro de 239 Camas Hospitalarias destinadas al Complejo Hospitalario Metropolitano, Dr. Arnulfo Arias Madrid. El resto no nos consta o no es cierto; por tanto, lo negamos.

Segundo: Este hecho no es cierto como viene redactado; por tanto, lo negamos. El Consejo Económico Nacional, mediante Nota CENA-195 de 23 de mayo de 1997,

emitió concepto no favorable al proyecto de contrato 088-97, toda vez que en el acto de Licitación Pública N°15-95, celebrado el 20 de diciembre de 1995, Importadora D.M.D., S.A., presentó propuesta para la adquisición de Camas Hospitalarias a un costo de B/1,181.20 cada una, cuyo destino era el Complejo Hospitalario Metropolitano, mientras que en el acto de Licitación Pública N°36-95, celebrado el 4 de enero de 1996, esta empresa ofertó B/1,044.00 por el mismo tipo de camas, pero destinadas al Hospital Rafael Hernández en Provincia de Chiriquí. Como no existían diferencias técnicas que justificaran la variación del precio unitario, aquel organismo asesor financiero decidió emitir concepto no favorable a la contratación de marras.

Tercero: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Cuarto: Este hecho lo respondemos igual que el anterior.

Quinto: Esto no es un hecho, sino alegaciones y apreciaciones subjetivas de la parte actora; por tanto, las negamos.

Sexto: Este hecho lo respondemos igual que el quinto.

Séptimo: Sólo aceptamos como cierto, que mediante la Resolución N°1616-97 D.G., de 18 de agosto de 1997, proferida por la Directora General de la Caja de Seguro Social, se resuelve mantener en todas sus partes la Resolución N°1368-97 D.G. y además no se accede a la petición alterna formulada por el recurrente de que se le compense por los gastos incurridos en el proceso licitatorio. El resto son alegaciones y hechos que no son ciertos; por tanto los negamos.

Octavo: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Noveno: Este hecho lo respondemos, de igual forma que el octavo.

Décimo: Este no es un hecho, sino alegaciones y apreciaciones subjetivas del demandante; por tanto, lo negamos.

II. En cuanto a las disposiciones legales que se estiman infringidas y el concepto de la violación, la Procuraduría de la Administración expone lo siguiente:

Considera el recurrente que han sido violados el artículo 1243 del Código Fiscal y los artículos 45 y 48 de la Ley 56 de 1995, que son del tenor literal siguiente:

"Artículo 1243: Toda resolución u otro acto administrativo contra el cual no haya lugar a interponer recurso alguno administrativo o no se haya utilizado ninguno de los precedentes, quedará ejecutoriado".

"Artículo 45: Adjudicación de la licitación pública, del concurso o de la solicitud de precios.

....

La adjudicación no se considerará perfeccionada hasta que haya obtenido las autorizaciones o aprobaciones requeridas. Sin embargo, las personas que se consideren agraviadas con la decisión, podrán recurrir por la vía gubernativa, conforme a las reglas del procedimiento fiscal, sin perjuicio de acudir a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, para promover la acción contencioso-administrativa que corresponda".

"Artículo 48: Facultad de la entidad licitante.

La entidad licitante se reserva el derecho de rechazar una o todas las propuestas, o de aceptar la que más convenga a sus intereses.

La facultad de rechazo podrá ejercerse, siempre que no se haya ejecutoriado la resolución que adjudica el acto público de selección de contratista respectivo.

El acto de adjudicación obliga a la entidad licitante y al adjudicatario; en consecuencia, el adjudicatario o contratista, según fuere el caso, tendrá derecho a la formalización del contrato correspondiente o a recibir compensación por los gastos incurridos, si la entidad licitante decidiese ejercer la facultad de rechazo dispuesta en el presente artículo, después de encontrarse ejecutoriada dicha adjudicación.

A su vez, la entidad licitante podrá ejecutar la fianza de propuesta, de darse incumplimiento por parte del adjudicatario".

Sobre los conceptos de infracción, el apoderado judicial de la parte actora expresó:

"La norma transcrita ha sido violada en el concepto de violación directa por omisión, ya que a pesar de su texto diáfano, el mismo no ha sido aplicado por la entidad demandada en la atención de esta controversia. Debemos tener presente que la Resolución No.1651-96-D.G. de 22 de noviembre de 1996, se encuentra debidamente ejecutoriada, debido a que contra la misma no se interpusieron, dentro de los términos legales, recursos en vía administrativa.

Es por ello, que una vez ejecutoriada la resolución de adjudicación esta produce todos sus efectos, es decir, es de obligatorio y de necesario cumplimiento, tanto para el ente que lo expide como para el particular que participa en el mismo, en este caso, el adjudicatario del Renglón No.1 de la Licitación Pública No.15-95, Importadora D.M.D., S.A. ..." (Cfr. fs. 26)

"La norma transcrita ha sido violada en el concepto de interpretación errónea, debido a que se le ha dado un alcance o sentido que pugna con su letra, provocando la desnaturalización de su fin.

Téngase presente que con la adjudicación se concluye la fase precontractual del procedimiento licitatorio, iniciándose entonces la etapa contractual, con la formalización del contrato que constituye el principio de la fase integrativa, con la cual comienzan los derechos y obligaciones contractuales. Conforme a ello, con posterioridad a la adjudicación se puede hablar de la existencia de un contrato administrativo.

Por ende, debemos entender que cuando la ley hace alusión a que la adjudicación se perfecciona con la obtención de las autorizaciones o aprobaciones requeridas, se hace referencia al perfeccionamiento del contrato, el cual surtirá efectos una vez obtenidas la merítadas autorizaciones o aprobaciones.

Es pues, en este caso, la actividad desplegada por el Consejo Económico Nacional un acto administrativo de control ex post, que acepta como bueno el acto del adjudicante (entidad licitante), con posterioridad a su dictado y le otorga eficacia jurídica incidiendo así en el perfeccionamiento del contrato. Prueba de nuestra tesis lo constituye el hecho que el documento que se somete a autorización o aprobación es un Proyecto de Contrato, el cual ha sido elaborado en base al modelo dispuesto en el pliego de cargos..." (Cfr. fs. 28 - 29)

"La norma transcrita ha sido violada en el concepto de interpretación errónea, debido a que se le ha dado un alcance o sentido que pugna con su letra, provocando la desnaturalización de su fin.

La Ley 56 de 1995 contempla en el artículo citado ut supra el derecho de la entidad licitante de rechazar una o todas las propuestas que presenten los oferentes de un acto público, o de aceptar la que más convenga a su intereses. Mas, sin embargo, esta facultad se encuentra debidamente reglamentada en el merítado artículo, encontrándose supeditada a que la misma no podrá ejercerse si la resolución adjudicatoria del acto de selección de contratistas se encuentra ejecutoriada, tal y como sucede en el caso in examine.

Hacemos énfasis en que el artículo 48 de la Ley 56 de 1995, claramente se refiere a la ejecutoriedad de la resolución de adjudicación, y no al perfeccionamiento de la misma; es pues el presupuesto único para exigir la formalización del contrato o para recibir compensación de los gastos incurridos por la adjudicataria, el que la entidad licitante ejercite la facultad de rechazo, una vez esté debidamente ejecutoriada la adjudicación. El Sistema de Contrataciones Públicas panameño contempla de manera taxativa que en

el caso de que la entidad licitante decidiese ejercer la facultad contemplada en el artículo 48 de la Ley 56 de 1995, después de encontrarse ejecutoriada dicha adjudicación, debe proceder a la formalización del contrato correspondiente o compensar al adjudicatario por los gastos incurridos con motivo de su participación en el acto público de que se trate.

....." (Cfr. fs. 30 - 31)

Por la relación que guardan entre sí las normas supuestamente infringidas y los respectivos conceptos de infracción, pasamos a estudiarlos conjuntamente.

Tal y como lo señala el demandante la ejecutividad y la ejecutoriedad son dos caracteres fundamentales de los actos administrativos.

El Profesor Roberto Dromi dice, que la ejecutividad es la obligatoriedad, el derecho a la exigibilidad y el deber de cumplimiento del acto a partir de su notificación. La obligatoriedad es una característica insoslayable del acto administrativo, que asegura a la autoridad la disposición exclusiva sobre la eficacia del acto como garantía de los intereses que tutela la Administración. Todo acto administrativo regular tiene la propiedad de ser esencialmente ejecutivo y le es propia la obligatoriedad; ejecutividad es sinónimo de eficacia del acto. Es regla general de los actos administrativos y consiste en el principio de que una vez perfeccionada producen todos sus efectos, sin que se difiera su cumplimiento. En cuanto a la ejecutoriedad, el mismo autor señala que partiendo de la concepción de que el poder del Estado es uno y único, no podemos negar a la Administración la capacidad para obtener el cumplimiento de sus propios actos, sin necesidad de que el órgano judicial reconozca su derecho y la habilite a ejecutarlos. (Derecho Administrativo. 6a ed. Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina. 1997, pp. 248 y 249).

Es claro que el término "ejecutoriado" del artículo 1243 del Código Fiscal, es utilizado en el sentido técnico jurídico del derecho procesal civil, como una característica de las resoluciones, que por no admitir recursos, haber sido rechazados los interpuestos o haber dejado transcurrir los plazos para su interposición, se encuentran firmes; y no en el sentido técnico jurídico que la doctrina del derecho administrativo le da.

Por otro lado, la ejecutoriedad o mejor dicho la firmeza del acto administrativo, no dice relación con su eficacia, sino con su estado en relación con los recursos que la Ley concede a los particulares en defensa de sus derechos. Por eso, la eficacia de los actos administrativos que afecten derechos o intereses de los administrados no depende de que estén ejecutoriados o no, sino de que hayan sido debidamente notificados a los interesados (aún los actos que no son firmes son eficaces, pues en virtud de la presunción de legalidad se le presume válidos y son inmediatamente eficaces). (Véase arts. 14 y 19 de la Ley 33 de 1946 y 30 y 73 de la Ley 135 de 1943).

No obstante, la notificación como requisito de eficacia es una regla general y por tanto admite excepciones. Así, en ciertos casos, los efectos del acto administrativo pueden estar sujetos a condiciones distintas de la notificación para poder surtir sus efectos, como por ejemplo el de la previa aprobación. La aprobación es una manifestación típica de la tutela que unos entes administrativos ejercen sobre otros y su exigencia, en nuestro régimen de contrataciones públicas, afecta a la perfección del acto inferior, es decir que el acto no se considera válido, ni tampoco eficaz, sin aquella.

En efecto, el artículo 45 de la Ley 56 de 1995, establece, al tratar de las adjudicaciones de las licitaciones públicas, que las mismas no se considerarán perfeccionadas sino hasta tanto hayan obtenido las autorizaciones y aprobaciones requeridas.

En virtud de lo dispuesto en el literal ch) del Artículo 2 del Decreto Ejecutivo N°75 de 30 de mayo de 1990, modificado por el Decreto Ejecutivo N°32 de 10 de marzo de 1995, norma vigente al momento de la expedición de la Resolución N°1651-96, de 22

de noviembre de 1996, mediante la cual se adjudicó a la empresa IMPORTADORA D.M.D., S.A., el Renglón N°1 de la Licitación Pública N°15-95, se envió la documentación pertinente al Consejo Económico Nacional para que emitiera concepto respecto del Contrato N°008-97, a suscribirse entre la Caja de Seguro Social y la demandante, en base al acto público antes referido.

El Consejo Económico Nacional, mediante Nota CENA-195 de 23 de mayo de 1997, emitió concepto no favorable al contrato 088-97, toda vez que en el acto de Licitación Pública N°15-95, celebrado el 20 de diciembre de 1995, IMPORTADORA D.M.D., S.A., presentó propuesta para la adquisición Camas Hospitalarias a un costo de B/1,181,20 cada una, cuyo destino era el Complejo Hospitalario Metropolitano, mientras que en el acto de Licitación Pública N°36-95, celebrado el 4 de enero de 1996, esta empresa ofertó B/1,044.00 por el mismo tipo de camas, pero destinadas al Hospital Rafael Hernández en Provincia de Chiriquí. Como no existían diferencias técnicas que justificaran la variación del precio unitario, aquel organismo asesor financiero decidió emitir concepto no favorable a la contratación de marras.

En consecuencia de lo anterior, el acto de adjudicación de la Licitación Pública N°15-95 nunca se perfeccionó, pues no recibió la necesaria aprobación del Consejo Económico Nacional, y carecía por tanto de validez y eficacia. Si un acto administrativo no es válido y no surte sus efectos, mal puede constituir derechos a favor de los administrativos o establecer obligaciones a cargo de la Administración.

Esta precisión aclara el sentido y alcance del artículo 48 de la Ley 56 de 1995, cuando dicha norma dispone que el adjudicatario o contratista, según fuere el caso, tendrá derecho a la formalización del contrato o a recibir compensación por gastos incurridos, si la entidad licitante ejerce la facultad de rechazo prevista en dicho artículo después de encontrarse ejecutoriada dicha adjudicación.

En el caso nos ocupa, la eficacia del acto administrativo de adjudicación no dependía de que el mismo hubiera sido notificado, sino de que hubiera recibido todas las aprobaciones y autorizaciones requeridas. Por eso del derecho del adjudicatario a que se formalizara el contrato o que alternamente se le indemnizara por los gastos incurridos en la licitación, sólo podía nacer desde que se recibiesen estas aprobaciones y autorizaciones, pues es este el momento en que la adjudicación se considera perfeccionada, vale decir válida y eficaz, y no antes.

La Caja de Seguro Social, al rechazar la oferta presentada por la empresa IMPORTADORA D.M.D., en el acto de Licitación Pública N°15-95 (Renglón N°1), celebrado el 20 de diciembre de 1995, para la adquisición de 239 Camas Hospitalarias destinadas al Complejo Hospitalario Metropolitano "Dr. Arnulfo Arias Madrid", y dejar sin efecto la Resolución N°1651-96-D.G., de 22 de noviembre de 1996, a través de la Resolución N°1368-97-D.G. de 7 de julio de 1997, hizo uso de su facultad de rechazo antes de que se perfeccionara el acto de adjudicación, y por consiguiente, nunca nació para la demandante el derecho a que se formalizara el contrato respectivo o se le compensara por los gastos incurridos.

Así las cosas, el uso del término "ejecutoriado" en el artículo en el artículo 48 de la Ley 56 de 1995, claramente se refiere a la perfección del acto administrativo, pues la validez y eficacia de este se vincula con su ejecutividad, es decir, con su carácter obligatorio, el derecho a la exigibilidad y el deber de cumplimiento del acto a partir de su aprobación; y no con su notificación y firmeza.

Por todo lo anterior, consideramos no se han producido las violaciones alegadas, y reiteramos nuestra solicitud a la Honorable Sala, para que deniegue todas las declaraciones reclamadas por el demandante.

IV. Pruebas: Aceptamos las presentadas y solicitadas conforme a la Ley.

Aducimos el expediente administrativo contentivo de la Licitación Pública N°15-95, el cual puede ser solicitado a la Secretaría General de la Caja de Seguro Social, ubicada en la Vía Transistmica, Edificio Bolívar.

V. Derecho: Negamos el invocado.